

行政院國家科學委員會補助專題研究計畫成果報告

Preparation of NSC Project Reports

計畫編號：NSC 90-2414-H-032-007

執行期限：90 年 8 月 1 日至 91 年 7 月 31 日

主持人：許志雄 淡江大學公共行政學系

一、中英文摘要 (Abstract)

近年來我國朝野為解決司法沉痾，並追求司法的現代化，而持續推動司法改革。尤其，一九九九年召開全國司法改革會議，達成多項結論及共識，為我國司法的發展帶來新希望。

此次改革所設議題包含甚廣，但皆十分重要，而其樞紐所在，非司法院的定位問題莫屬。司法院的定位牽涉司法本質問題，須徹底檢討、改革，否則無以實現司法的任務，更遑論達成司法現代化的理想。關於司法院定位的改革，雖經全國司法改革會議達成結論，但各界仍有不同意見。所以如此，關鍵在於對「司法」概念、本質及其機能的理解與期待上，各界未臻一致。

因此，何謂司法？當代司法應扮演何種角色？制度上應如何調整？這是當前司法改革必須面對的首要課題，但國內有關研究相當欠缺，故有從比較法、原理論及制度論等角度加以探討，以求解決的必要。

本計畫採用文獻分析法，從事歷史研究及比較法研究，就時間及空間因素作縱向與橫面的剖析，並且超越法解釋學的藩籬，運用政治學及社會學的方法，對司法的概念及機能進行深入探討。

本計畫完成下列項目的探討：

1. 權力分立與司法權概念
2. 司法的實質意義與形式意義
3. 近代司法的消極性格
4. 現代司法的積極性格
5. 司法權的象徵性與權力性

6. 我國司法權的檢討與展望

An ongoing movement of judicial reform is currently undergoing in Taiwan with a view to modernizing the judicial branch of Taiwan. Especially, the Judicial Reform Commission held in 1999 led to many conclusions and common knowledge, which brings forth new hope for Taiwanese judiciary.

The agenda of the Commission covers a wide variety of important issues, among which the status of the Judicial Yuan plays a crucial role.

Although the Commission reached a conclusion regarding the reform of the status of the Judicial Yuan, different opinions do exist, which may result from the very fact that people do not share the same knowledge and expectation concerning the concept, essence, and function of "the judiciary."

Thus, what the judiciary means, what role it should play, and what kind of institutional reform is required, are some of the crucial issues need to be solved. However, this sort of knowledge is relatively inadequate in Taiwan and calls for an in-depth inquiry from the perspectives of comparative law, theoreticalism, and institutionalism.

This research project employs the method of documentary analysis to conduct a study based on historical research and comparative legal research, which seeks to analyze the factors of time and space associating with the concept and function of the judiciary. In addition, the methods of social science and political science are used to

undertake an in-depth inquiry into the concept and function of the judiciary.

The research project has accomplished the following tasks:

- (1) separation of powers and the concept of judicial power;
- (2) the essential and formal meanings of the judiciary;
- (3) the permissive essence of the modern judiciary;
- (4) the activist essence of the modern judiciary;
- (5) the symbolicalness and powerfulness of the judicial power; and
- (6) the review and preview of the judicial power in Taiwan.

二、計畫緣由與目的

我國司法問題重重，有目共睹。近年來朝野為解決司法沉痾，並追求司法的現代化，而持續推動司法改革。尤其，一九九九年七月六日至八日召開全國司法改革會議，在審、檢、辯、學及各界與會人士的熱烈參與下，達成多項結論及共識，為我國司法的發展帶來新希望。

此次改革所設議題包含甚廣，且皆十分重要，而其樞紐所在，非司法院的定位問題莫屬。蓋依據憲法第七十七條及第七十八條規定，司法院為國家最高司法機關，且行使各種審判權，理應具有「最高法院」的地位。詎知，一九四七年十二月修正的司法院組織法，竟然違反憲法規定，扭曲司法院的角色與地位，於司法院下另設最高法院、行政法院及公務員懲戒委員會，瓜分憲法所賦予司法院的權限，並於司法院設大法官會議，行使解釋憲法及統一解釋法令的權限。如此一來，司法院本身不掌理審判事務，而僅從事司法的人事、法制、概算及其他司法行政工作，實際上已從「最高司法機關」淪為「最高司法行政機關」。這種現象與憲法規定不符，且有違反司法本質之嫌。司法院的定位既牽涉司法本質問題，自須徹底檢討、改革，否則無以實現司法的任務，

更遑論達成司法現代化的理想。

關於司法院定位的改革，全國司法改革會議達成的結論，係以一元多軌為近程目標，一元單軌為終極目標。亦即，初期將於司法院內設各庭，行使釋憲權與審判權；最終則於司法院置大法官十三至十五人，掌理民、刑事、行政訴訟審判、公務員懲戒、憲法解釋及政黨違憲解散。依照會後司法院所擬「全國司法改革會議具體措施暨時間表」，預計於公元二〇一〇年底前，完成司法院定位的整體改革。

然而，對此改革，仍有部分專家學者抱持反對意見，試圖加以推翻。其爭執的原因不一而足，涉及大法官的產生方式、違憲審查機能乃至公私法的區分等問題。但是，追根究底，關鍵無寧在於「司法」概念、本質及其機能的理理解與期待之差異上，所以有關問題的探討相當重要。這是當前司法改革必須面對的首要課題，但國內有關研究相當欠缺，故有從比較法、原理論及制度論等角度加以探討，以求解決的必要。

三、結果與討論

本計畫完成下列項目的探討：

1. 權力分立與司法權概念
2. 司法的實質意義與形式意義
3. 近代司法的消極性格
4. 現代司法的積極性格
5. 司法權的象徵性與權力性
6. 我國司法權的檢討與展望

研究結果顯示，司法的內容常受各國傳統及時代因素影響，具有歷史的可變性。司法概念固然可作形式意義的界定，但是要從理論上作實質的界定，實有困難。而且，司法的角色今非昔比，現代司法帶有相當程度的積極性格，成為權力分立制度中極為重要的一環。儘管如此，司法仍須保持公正獨立的象徵性，應避免司法政治化，所以宜採穩健的司法積極主義。

四、計畫成果自評

本計畫的貢獻，可從學術及實務

兩方面言之。在學術方面，深入探討司法的概念，釐清司法與其他國家作用的異同，並從歷史的演變中，凸顯司法的發展趨勢，掌握司法的時代機能。在實務方面，呈現司法的真實面貌，瞭解其生理與病理，有助於對司法作成正確的評價，而提供未來司法改革的參考，以及司法進步的動力。

五、主要參考文獻

(一) 中文文獻(按姓名筆畫排列)

1. 李念祖，〈論我國法院法官之違憲審查義務〉，憲政時代 18 卷 3 期，民國 82 年 1 月。
2. 李建良，〈〈憲法理論與實踐〉〉，學林文化，1999 年初版。
3. 李惠宗，〈「體系正義」作為違憲審查基準之探討—以釋字第二二八號解釋為素材〉，憲政時代，16 卷 2 期，民 79 年 10 月。
4. 李鴻禧，〈〈違憲審查論〉〉，台灣大學法學論叢四十，台灣大學法學叢書編輯委員會編輯，1990 年 10 月。
5. 李鴻禧，〈〈憲法與人權〉〉，台灣大學法學叢書三十九，台灣大學法學叢書編輯委員會編輯，1991 年 4 月。
6. 林子儀，〈普通法院各級法官及行政法院評事應否具有違憲審查權〉，憲政時代 18 卷 3 期，民國 82 年 1 月。
7. 法治斌，〈〈人權保障與釋憲法制〉〉，月旦出版，1993 年。
8. 法治斌，〈〈人權保障與司法審查〉〉，月旦出版，1994 年。
9. 許志雄，〈〈憲法秩序之變動〉〉，元照出版社，2000 年 10 月。
10. 許志雄，〈〈現代憲法論〉〉，元照出版社，1999 年 9 月。
11. 許志雄，〈〈憲法之基礎理論〉〉，台北：稻香出版社，1993 年 3 月第二版。
12. 許宗力，〈〈法與國家權力〉〉，元照出版社，1999 年。
13. 許宗力，〈〈憲法與法治國行政〉〉，元照出版社，1999 年。
14. 許宗力，〈大法官審理案件法與修正草案之檢視——以大法官釋憲權行使之程序及範圍的相關規定為中心〉，憲政時代 24 卷 3 期，民 87 年 12 月，頁 144-169。
15. 黃昭元，〈從違憲但不立即無效的大法官會議檢討我國司法制度〉，月旦法學 12 期，民 85 年 4 月。
16. 湯德宗，〈〈權力分立新論〉〉，元照出版社，2000 年。
17. 陳新民，〈國家的法治主義——英國的法治(The Rule of Law)與德國法治國家之概念〉，國立臺灣大學法學論叢 28 卷 1 期，民 87 年 10 月，頁 47-121。
18. 陳慈陽，〈〈憲法規範性與憲政現實性〉〉，翰蘆圖書，1997 年。
19. 翁岳生，〈建立以人權保障為基礎的民主政治——司法院大法官釋憲制度在民主改革過程中扮演的角色〉，司法周刊 912 期，民 88 年 1 月，頁 2-3。
20. 翁岳生，〈大法官功能演變之探討〉，國立臺灣大學法學論叢 23 卷 1 期，民 82 年 12 月，頁 25-50。
21. 翁岳生，〈〈法治國家之行政法與司法〉〉，月旦，1994。
22. 葉俊榮，〈從國家發展與憲法變遷論大法官的釋憲機能：一九四九至一九九八〉，國立臺灣大學法學論叢 28 卷 2 期 民 88.01 頁 1-63。
23. 蘇永欽，〈〈合憲性控制的理論控制與實際〉〉，月旦出版社，1994 年。
24. 司法院大法官會議解釋彙編及續編(一~十三)，司法院秘書處印行。

(二) 外文文獻

1. A.Cox，〈〈The Role of the Supreme Court in American Government〉〉，1976。
2. Abram Chayes，〈The Role of the Judge in Public Law Litigation〉，89 Harv.L.Rev.1281，1976。
3. Archibard Cox，〈The New Dimensions of Constitutional Adjudication〉，51 Wash.L.Rev.802，1976。

4. Chayes, <The Role of the Judge in Public Law Litigation>, 89 Harv.L.Rev.1281, 1976。
5. 中古實, <司法積極主義消> 法學研究 46 號, 1984 年。
6. 井上茂, <<司法>, 有斐閣, 1966 年初版八刷。
7. 戶松秀典, <<司法審查制>>, 勁草書房, 1989 年第一版。
8. 戶松秀典, <<立法裁量論>>, 有斐閣, 1993 年第一版。
9. 古野豐秋, <<違憲憲釋>, 尚學社, 1990 年。
10. 江橋崇, <司法理論日>, 公法研究 46 號, 1984 年。
11. 外尾健一等, <<人司法>, 勁草書房, 1990 年。
12. 田中二郎, <<日本司法>, 有斐閣, 1982 年初版。
13. 田中二郎, <<司法>, 弘文堂, 1976 年。
14. 田中成明, <現代裁判能擴> 法學研究 46 號, 1984 年。
15. 田中成明, <<現代社>, 弘文堂, 1995 年。
16. 佐藤幸治, <<憲法訴訟>, 日本評論社, 1984 年初版。
17. 佐藤幸治, <<現代國家>, 有斐閣, 1988 年初版。
18. 佐藤幸治, <<憲法五十>, 有斐閣, 1998 年。
19. 宮澤俊義, <<憲法>, 有斐閣, 1967 年。
20. 和田英夫, <<憲法最高>, 學陽書房, 1975 年。
21. 和田英夫, <<大陸型違憲審查制>>, 有斐閣, 1979 年。
22. 松井茂記, <<司法審查>, 有斐閣, 1991 年初版。
23. 松井茂記, <<二重基>, 有斐閣, 1994 年初版。
24. 浦部法穂, <<違憲審查>, 勁草書房, 1985 年。
25. 高橋和之, <<憲法判斷>, 有斐閣, 1995 年。
26. 高柳賢三, <<司法>, 有斐閣, 1982 年初版四刷。
27. 栗城壽夫, <<力分立體制司法正>, 法學教室 151 期, 1993 年。
28. 奥平康弘, <<憲法裁判>, 岩波書店, 1995 年。
29. 野村敬造, <<憲法訴訟>, 成文堂, 1987 年。
- 野中俊彦, <<憲法訴訟原>>, 有斐閣, 1995 年。
30. 橫田喜三郎, <<違憲審查>>, 有斐閣, 1968 年。
31. 蘆部信喜, <<憲法訴訟>, 有斐閣, 1982 年初版二刷。
32. 蘆部信喜, <<蘆部信喜先生還曆紀念「憲法訴訟」>, 有斐閣, 1994 年二刷。
33. 蘆部信喜, <<講座憲法訴訟第 3 卷>>, 有斐閣, 1987 年初版。
34. 蘆部信喜, <<憲法訴訟>, 有斐閣, 1981 年初版十一刷。
35. 蘆部信喜, <<人憲法>, 有斐閣, 1994 年初版。
36. 憲法理論研究會, <<違憲審判研究>>, 敬文堂, 1993 年。
37. 藤井俊夫, <<憲法訴訟>>, 成文堂, 1981 年。
38. 藤井俊夫, <<事件性司法>>, 成文堂, 1992 年。
39. 口陽, <<司法積極性>>, 勁草書房, 1978 年。
40. 口陽, <<憲法>, 法律文化社, 1988 年。
41. 廣中俊雄, <<法裁判>, 東京大學出版會, 1971 年。